

# Folgewirkungen der extensiven Auslegung des IfSG für Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden – Zur Notwendigkeit eines entschädigungsrechtlichen Erst-Recht-Schlusses

---

Matthias Klatt

2020-04-10T15:03:52

Von [SIMON](#)



[DÖRRENBÄCHER](#)

Auf Bundesebene abgestimmt haben die Bundesländer bis auf wenige Ausnahmen den überwiegenden Großteil der Gewerbebetriebe mit Kundenverkehr zwangsweise geschlossen, um die Ausbreitung von SARS-CoV2 zu verlangsamen, obwohl die Rechtsgrundlage hierfür zweifelhaft ist. Anträge im einstweiligen Rechtsschutzverfahren blieben bisher erfolglos. Während sich die finanziellen Einbußen für zahlreiche Gewerbetreibende schnell zur Existenzbedrohung entwickeln, muss der Staat nun auch bei der Frage von Entschädigungsansprüchen eine vergleichbar extensive Auslegung des Infektionsschutzgesetzes praktizieren, um systemische Verwerfungen zu verhindern.

## Das Versprechen von Art. 19 Abs. 4 GG

„Bis auf Weiteres geschlossen!“ – so heißt es derzeit an den Eingangstüren vieler Friseurbetriebe, Restaurants, Cafés, Blumenläden und nahezu des gesamten

(Non-Food)-Einzelhandels. Bis auf solche Betriebe, die der Versorgung mit elementaren Gütern dienen, sind Unternehmen auf Grundlage der jeweiligen Rechtsverordnungen der Bundesländer zur Schließung gezwungen worden. Gestützt werden die Maßnahmen auf das Infektionsschutzgesetz (IfSG), welches jedoch auch nach seiner jüngsten Novellierung weiterhin [keine ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlagen für so weitgehende Maßnahmen enthält](#). Ob ein kollektives Verbot der Berufs- und Gewerbeausübung in der gesamten Bundesrepublik (verfassungsrechtlich) zu legitimieren ist, wird letztlich [bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Zweifel bleiben](#). Nachdem erste Entscheidungen von [Verwaltungsgerichten](#) und [Oberverwaltungsgerichten](#) ergangen sind, lässt sich jedenfalls eine Tendenz zur einstweiligen Aufrechterhaltung dieser Maßnahmen erkennen. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass sich diese Tendenz auch in den Hauptsacheverfahren fortsetzen wird, zumal das Bundesverfassungsgericht die Heranziehung von Generalklauseln zur Bewältigung unvorhergesehener Gefahrenlagen auch dann gebilligt hat, wenn zwar für die erforderlichen Eingriffe eigentlich eine spezialgesetzliche Grundlage zu fordern wäre, der Rückgriff auf die Generalklausel jedoch zur Schließung gravierender, bei einer Abwägung der gegenläufigen verfassungsrechtlichen Positionen nicht mehr vertretbarer Schutzlücken geboten ist (so etwa [BVerfGE 85, 386 \[401\]](#)).

## **Dulde und Liquidiere? – Entschädigungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz**

Der Blick vieler Betroffener wendet sich daher nunmehr verständlicherweise der Frage zu, ob ihnen unabhängig von den Soforthilfe-Programmen des Bundes und der Länder eine staatliche Entschädigungszahlung wegen ihrer Inanspruchnahme zur Bekämpfung der Pandemie zusteht, wenn die Maßnahmen auch weiterhin von Gerichten als rechtmäßig bewertet werden. Bevor Ansprüche auf den Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, den enteignenden bzw. enteignungsgleichen Eingriff oder den sog. Aufopferungsanspruch gestützt werden, muss der Blick in das IfSG als *lex specialis* erfolgen. Tatsächlich enthält das Infektionsschutzgesetz einen eigenen Abschnitt (§§ 54 ff.), der Entschädigungspflichten vorsieht. Dort gilt es, die einschlägige Anspruchsgrundlage zu identifizieren.

### **Entschädigung nach § 65 IfSG**

Für Maßnahmen auf Grundlage der Generalklausel des § 16 IfSG enthält § 65 IfSG eine Entschädigungspflicht für den Fall der Verursachung eines „anderen nicht nur unwesentlichen Vermögensnachteils“. Obgleich § 65 IfSG damit die gewünschte Rechtsfolge enthält, ist seine Anwendbarkeit auf die in Rede stehenden Maßnahmen deshalb problematisch, weil jedenfalls die Rechtsverordnungen der Länder in der Regel nicht § 16, sondern § 28 Abs. 1 i. V. m. § 32 des IfSG als Rechtsgrundlage nennen. Während die §§ 16 ff. IfSG den Behörden zur *Verhütung* übertragbarer Krankheiten gewisse Befugnisse einräumen, dient § 28 IfSG seiner Systematik nach der *Bekämpfung* solcher Krankheiten (eine Verhütung ist dann häufig gar nicht mehr möglich). Nun hindert die formal unzutreffende oder unvollständige Benennung der Ermächtigungsgrundlagen seitens der Behörde ein zur Entscheidung über

mögliche Entschädigungsansprüche berufenes Gericht nicht daran, bei der materiell-rechtlichen Bewertung des Regelungsgehalts der einschlägigen Maßnahme zu einer abweichenden Bewertung zu gelangen und insoweit bei den erlassenen Maßnahmen den Anwendungsbereich des § 65 IfSG für eröffnet zu halten. Die fehlerhafte Benennung der Ermächtigungsgrundlage darf dem erlassenen Hoheitsträger insoweit nicht insoweit zum Vorteil gereichen, als er sich dadurch der entschädigungsrechtlichen Haftungsgrundlage trotz materieller Eröffnung ihres Anwendungsbereichs entziehen kann. [Die durch eine Schließung bedingten wirtschaftlichen Einbußen eines Unternehmens könnten auf diesem Wege daher durchaus unter die Fallgruppe „anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil“ i.S.d. § 65 Abs. 1 IfSG subsumiert werden.](#)

## **Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG**

Obgleich sich die genannten Eilentscheidungen der Verwaltungsgerichte mit solchen Detailfragen nach der richtigen Ermächtigungsgrundlage innerhalb des IfSG bisher nicht auseinandersetzen mussten, spricht die Qualifizierung der momentanen Corona-Krise als Pandemie dafür, dass die behördlichen Maßnahmen nicht der Verhütung, sondern bereits der *Bekämpfung* der „länder- und kontinentübergreifenden Ausbreitung einer Krankheit beim Menschen“ (so die [Definition](#) einer Pandemie) dienen sollen. Verhütungsmaßnahmen kommen im Kontext des IfSG demgegenüber dann zum Tragen, wenn ein solches Ausbruchsgeschehen noch nicht stattgefunden hat und mithin gerade erst verhindert werden soll.

Sollten die angerufenen Gerichte jedenfalls mit dieser oder einer ähnlichen Argumentation zu dem Zwischenergebnis gelangen, dass sich die behördlichen Schließungsanordnungen auf § 28 Abs. 1 IfSG stützen lassen ([in diese Richtung etwa jüngst VGH Baden-Württemberg](#)), schieße § 65 Abs. 1 IfSG als Grundlage für einen Entschädigungsanspruch aus. Für Maßnahmen auf Grundlage des § 28 sieht das IfSG seiner Systematik nach nur eine Entschädigung unter den Voraussetzungen des § 56 vor. Dort enthalten sind zwar Regelungen, wonach Personen, denen nach dem Gesetz verboten ist, ihrer Erwerbstätigkeit nachzugehen und die deshalb einen Verdienstaufschlag erleiden, ein Verdienstaufschlag zusteht (§ 56 Abs. 1 IfSG). Ebenfalls geregelt sind Entschädigungen für Arbeitnehmer und Eltern mit Kindern. Vermögensnachteile infolge von Betriebsschließungen erfasst der Wortlaut des § 56 IfSG jedoch gerade nicht und schließt damit die große Gruppe der Gewerbetreibenden von einer Entschädigung aus.

## **Pandemiebedingte planwidrige Regelungslücke und entschädigungsrechtlicher Erst-Recht-Schluss**

Das IfSG enthält mithin eine Lücke. Deshalb hat sich etwa der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts [Hans-Jürgen Papier](#) kürzlich explizit für „eine Verankerung von Ausgleichsregelungen im Infektionsschutzgesetz“ ausgesprochen. In der Tat wäre eine Präzisierung oder Ergänzung der Vorschrift sinnvoll, die Chance dafür hat der Gesetzgeber jedoch erst kürzlich verstreichen lassen.

Auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers müssen Betroffene jedoch richtigerweise nicht warten. Denn bei genauerer Betrachtung ist eine erweiternde bzw. analoge Anwendung des § 56 IfSG nicht nur zulässig, sondern auch geboten. Denn die Lückenhaftigkeit der Norm beruht darauf, dass der Gesetzgeber – der diese Vorschrift in Abstimmung auf die u. a. nach § 28 IfSG zulässigen Maßnahmen gestaltet hat – solche kollektiven Betriebsschließungen überhaupt nicht im Blick hatte. Konsequenterweise sah er daher auch keine Veranlassung, entsprechende Entschädigungsregelungen zu normieren. Billigt man ihm aber angesichts der nicht vorhersehbaren Auswirkungen der Corona-Pandemie zu, hinsichtlich der Zulässigkeit von Gefahrenabwehrmaßnahmen über den Wortlaut von § 28 Abs. 1 IfSG hinauszugehen, muss dies im Wege eines Erst-Recht-Schlusses auch für die Folgefrage von Entschädigungsansprüchen gelten. Die extensive und flexible Anwendung des IfSG auf der Primärebene muss mithin auch eine solche Flexibilität auf der Sekundärebene bedingen, um nicht gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot zu verstoßen. [Die Rechtsberatungspraxis hat diesen Gedanken bereits aufgegriffen.](#)

Es spricht damit einiges dafür, dass in der kommenden Zeit ausgerechnet die Zivilgerichte, denen nach § 68 Abs. 1 IfSG die Entscheidungszuständigkeit über Entschädigungsansprüche im Zusammenhang mit dem IfSG zukommt, es in der Hand haben werden, die massivsten und umfangreichsten Grundrechtseingriffe in der Geschichte des Grundgesetzes durch eine angemessene Handhabung der entschädigungsrechtlichen Vorschriften jedenfalls in ihrer Intensität abzufedern.

**Zitiervorschlag:** Simon Dörrenbächer, Folgewirkungen der extensiven Auslegung des IfSG für Entschädigungsansprüche von Gewerbetreibenden – Zur Notwendigkeit eines entschädigungsrechtlichen Erst-Recht-Schlusses, JuWissBlog Nr. 55/2020 v. 09.04.2020, <https://www.juwiss.de/55-2020/>.



*Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz](#).*

